

ALMAN, AVUSTURYA ve İSVİÇRE YÜKSEK MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TALEP ÜZERİNE ÖLDÜRME SUÇU ile ÖTANAZİ İLİŞKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR (*)

Işıl TURAN (**)

*“Gül; ey, saf çelişki! Nice gözkapığı altında;
hiç kimsenin uykusu olmamanın sevinci!”*
Rainer Maria Rilke'nin mezar taşı yazısı

Özet

Ceza hukukunun önemli tartışma konularının başında ötanazi yer almaktadır. Tıbbi anlamı itibarıyla ötanazi, iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve acı çeken hastanın acılarına son vermek amacıyla ölmesine yardım etmektir. Dünyanın her yerinde tartışmalara konu olan ötanazi, Hollanda'da (sonra Belçika'da) yasal korumaya kavuşmuştur. Ülkemizde ötanazi konusu, gerek geçmişte gerek günümüzde, yeterli derecede tartışılmamıştır. Türkiye'de ötanazi konusuna, şimdiye kadar yeterli önem atfedilmemiş olsa da; gelecekte bu alanın yoğun tartışmalar yaratacağı muhtemeldir. Ötanazi; etik ikilemler ve sorunlar yaratan, tüm ayrıntılarına kadar üzerinde düşünülmesi ve etik ilkelerle irdelenmesi gereken bir konudur. Bu çalışmanın amacı, ötanazinin Avrupa'da; özellikle Alman, Avusturya ve İsviçre hukuk sistemlerinde nasıl ele alındığını ortaya koymaktır. Ayrıca ABD ve Avrupa'daki ötanaziye ilişkin hukuki mevzuata değinildikten sonra, bu ülkelerdeki gelişmelerle uyumluluk sağlaması bakımından, ülkemizde 2005 yılından beri yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanunu ile 1960 yılından beri yürürlükte olan Türk

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

(**) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

Deontoloji Nizamnamesi'nin bu doğrultuda değiştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Çalışmamızda; Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları çerçevesinde ötanazi ile talep üzerine öldürme suçu ile intihara yardım suçu arasındaki benzerlikler ve farklılıklar da ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ötanazi, talep üzerine öldürme suçu, intihara yardım suçu, Türk Ceza Kanunu m.26/2.

Abstract

One of the major discussion topics on criminal law has been euthanasia. According to medical context, euthanasia means intervention undertaken with the intention of ending a life, to relieve intractable suffering caused by an incurable illness. Euthanasia which is discussed all around the world and became legal in Holland (than Belgium). But in our country euthanasia has not been discussed enough,, in the past and nowadys yet..Euthanasia has been discussed very little in Turkey, but it seems as if it will be discussed a lot in the future. Euthanasia is a subject which causes dilemmas and problems in ethics and should be considered and discussed within every detail. The aim of this study is to displaye how euthanasia is taken into consideration in European, especially in German, Austria and Swiss law systems. Additionally, after having studied the judicial legislations abuot Euthanasie in Europe and the USA, it is emphasized that the present legislation in our country, especially Turkish Criminal Code which has been valid since 2005 and the Turkish Regulations for Deontology which has been valid since 1960, should be modified in the western direction in order to keep up with the developments in the west.

Keywords: Euthanasia, to kill by request, assist to suicide, Turkish Criminal Code article 26/2.

Giriş

Tüm insanların sahip olduğu temel hak ve özgürlükler olarak ifade edebileceğimiz insan hakları; özünde “insanın insan olmaktan kaynaklanan haklarını” ifade eder. Bu noktada insan haklarının, insan doğasından kaynaklanan haklar olduğu söylenebilir.

İnsan doğasının önemli özelliklerinden biri de yaşama, yaşamını devam ettirme içgüdüsüdür.

İnsanın doğumundan başlayarak “doğal yollarla” ölümüne kadar geçen süreç olarak ifade edilen “yaşam”ın, devletler tarafından güvence altına alınması ve bu güvenceye aykırı fiillere karşı kişinin devletten yardım isteme hakkı ve bu hakların devlet tarafından korunmasını ve geliştirilmesini devletten talep etme hakkı, bütünüyle “yaşam hakkını” ifade eder¹.

Bir insan, yaşam hakkından mahrum bırakılırsa diğer tüm haklar da anlamını yitireceğinden; yaşam hakkı ilk sayılan haktır. Aynı zamanda yaşam hakkının geri alınmaz niteliği, onu temel bir hak olarak konumlandırır. Öyle ki savaş zamanında ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda bile bu hak esirgenemez².

İnsan yaşamının arz ettiği bu özel önem, onu kanunlarla güvence altına almayı gerektirmiş; “yaşam hakkı”, en temel haklardan biri olarak gerek Anayasalarda gerek uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınmıştır.

Yaşam hakkı, Türkiye’nin de taraf olduğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2’nci maddesiyle güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası’nın 17’nci maddesinin 1’inci fıkrası; “Herkes; yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenerek “yaşam hakkı”, anayasal zemine oturtulmuş; maddenin 2’nci fıkrasında ise “yaşam hakkının”, tıbbi zorunluluklar veya “kişinin rızası” gibi konular karşısındaki durumuna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da yaşam hakkını korumaya yönelik düzenlemeler getirmiş; “yaşam hakkını” ihlal eden, tehdit eden türde kimi fiiller için cezalar öngörmüştür. Buna göre “yaşam hakkı”, Kanun’un “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım’ının 1 ila 5’inci Bölümleri ile koruma altına alınmıştır.

Yaşam hakkı ile ilgili olarak söylediklerimizden sonra, aklımıza “bir insanın kendi yaşamını sonlandırma iradesine” hukuk sistemlerinde cevaz verilip verilmediği; başka bir deyişle yaşam hakkının içinde esasında ölme hakkını da barındırıp barındırmadığı soruları gelir.

Kişinin yaşama hakkı üzerinde tasarruf yetkisi var mıdır? Sözelimi, bir kimsenin başka bir kimsenin kendisini öldürmesine rıza göstermesi, böyle

¹ Güner Akyazı - Onur Tatar, Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, Ankara, 2002, s. 7.

² Douwe Korff, Yaşam Hakkı, çev. Özgür Heval Çınar - Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 8, Brüksel, 2006, s. 6.

bir fiilde hukuka uygunluk sebebi sayılabilecek midir? Veya iyileşmesi tıbben imkânsız ve öleceği kesin olan bir hasta, çektiği acılardan kurtulması amaçlanarak öldürüldüğünde durum ne olacaktır?

Çalışmada ötanazi kavramından bahsedildikten sonra; Kıta Avrupası Ülkeleri'nden Almanya, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları dikkate alınarak, ötanazinin benzer suç tiplerinden farkı ortaya konulacak; ardından Türk Hukuku'ndaki düzenlemeler de dikkate alınarak ötanazinin suç teşkil edip etmediğinin ve hakkındaki düzenlemelerin ne yönde geliştirilmesi gerektiğinin üzerinde durulacaktır.

I. Ötanazi

A. Kavram

Ötanaziye ilişkin tarihteki ilk belgelenmiş kayıtlara, M.Ö. 5'inci yüzyılda, Antik Yunan'da rastlanır. Ötanazi, Yunanca “eutanasia”; “eu” (iyi güzel) ve “thanein” veya “thanatos” (ölüm) köklerinden türetilmiş bir sözcük olup, sözcük anlamıyla “iyi ölüm”, “güzel ölüm” olarak ifade edilebilir³.

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğüne göre ise ötanazi; “ölme hakkı” anlamına gelmektedir⁴. Ölme hakkı, her ne kadar içinde “ötanaziyi” barındırsa da; esasında kişinin yaşamını sonlandırma yönündeki iradesinde serbest olması olarak ifade edilebilecek bir haktır ve böyle bir hak, intihar gibi kimi yöntemleri de kapsadığından, Türk Dil Kurumu'nun tanımlamasının yanlış olduğu kanaatindeyiz⁵.

Ötanazinin sözcük anlamıyla ilgili olarak doktrinde “güzel ölüm”, “iyi ölüm”, “kolay ve rahat ölüm”, “ızdırapsız tabii ölüm”, “tatlı ve acısız ölüm”, “hoş, kolay, güzel, iyilik edici ölüm” gibi tanımlamalar yapılmıştır⁶.

³ Christian Schlötterer, Sterbehilfe aus philosophischer Sicht, <http://www.jura.unituebingen.de/professoren_und_dozenten/kuehl/materialien/forschung/sterben.pdf>, s.1. Erişim Tarihi: 19.05.2013.

⁴ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.519cb517ad8406.69739178>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

⁵ Aynı görüşte: Erkan Şenses, “Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi”, Suç ve Ceza Dergisi IV. Sayı (Ekim-Kasım-Aralık), İstanbul, 2008, s. 215.

⁶ M. Emin Artuk - A.Caner Yenidünya, “Ötanazi”, in. Prof. Dr. Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 297-298.

Ötanazi; iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa tutulmuş bir kimse-
nin ızdıraplarına son vermek amacıyla ve kendisinin talep ve ısrarları üzerine
öldürülmesi, yaşamının sonlandırılmasıdır⁷.

Ötanaziye ilişkin bir diğer tanımlama da, “ölümün kaçınılmaz olduğu
hallerde ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya
dayanılmaz acılar içinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi
yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi” şeklindedir⁸.

Bu tanımlamaların geçerliliği hususu tartışılmadan önce; ötanazinin un-
surları belirlendikten sonra yapılacak bir tanımlamanın, ötanazi hakkında
daha net ifadelerde bulunmamızı sağlayacağı düşüncesindeyiz.

B. Ötanazi Kapsamına Giren Fiillerin Benzer Suç Tiplerinden Ayrımı

1. Ötanazi ve Talep Üzerine Öldürme Suçu (Tötung auf Verlangen)

a. Talep Üzerine Öldürme

Bir kimsenin kendi talebine bağlı olarak, üçüncü kişi veya kişiler tara-
fından yaşamının sonlandırılması⁹, talep üzerine öldürme olarak tanımla-
nabilir.

Talep üzerine öldürme eyleminde; her ne kadar “öldürme” sonucunu
doğuran hareketler, üçüncü kişi tarafından icra edilmekte ise de; bu hare-
ketlerin ortaya çıkmasında mağdurun - öldürülenin talebi, isteği rol oyna-
maktadır.

Dolayısıyla mağdurun, icra hareketleri başlamadan önce, talep biçimin-
de ortaya koyduğu rızası, üçüncü kişinin öldürme sonucuna yönelik hareket-
lerinin kaynağını oluşturmaktadır. Fakat mağdurun öldürülmesine yönelik
kendisine ait talebi, üçüncü kişinin, ölüm neticesini doğuracak hareketlerini
hukuka uygun hale getirmemektedir¹⁰.

⁷ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II, İstanbul, 1994, s. 79.

⁸ Artuk - Yenidünya, s. 298.

⁹ M. Emin Artuk, “Talep Üzerine Öldürme”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-3, 1992-1993, s.19.

¹⁰ Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1.Baskı, İstanbul 2003, s. 154.

Mağdurun öldürülme hususundaki “talebinin”, “rıza”ya göre daha güçlü bir irade açıklaması¹¹ olduğu ifade edilmiş ise de; “açık rıza” açıklama biçimlerinden birinin de talep şeklinde olabileceği gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır. Bunun yanında; “rıza ile öldürme” ve “talep üzerine öldürme”, tamamen farklı eylemlerdir.

Rıza ile öldürmede, öldürme hareketlerini gerçekleştiren üçüncü kişinin, kendisinde mevcut olan suç işleme kararını, karşı tarafa sunarak rıza, yani onay alması; başka bir ifade ile failin işlemek istediği suçun mağdur tarafından kabul edilmesi, mağdurun buna rıza göstermesi söz konusudur¹².

Talep üzerine öldürme eyleminde ise, mağdurun ölmek/öldürülmek hususunda, ciddi ve şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte bir isteğinin mevcudiyeti aranır¹³. Mağdurun bu açık ve kesin isteğine bağlı ısrarları ve talebi sonucunda fail ikna olur¹⁴, harekete geçer ve mağdura yönelik olarak mağdurun yaşamını sona erdirecek hareketlere başlar¹⁵.

Bu durum, yani mağdurun talebi, suça iştirak hükümlerinde yer alan “azmettirme” boyutunda ve etkisinde olmalıdır. Şayet failin mağduru öldürme hususunda, zaten mevcut olan bir kararının yanında, mağdurun öldürülme talebi de ortaya çıkmış ise bu takdirde failin, “talebe bağlı olarak harekete geçmesi dolayısıyla” talep üzerine öldürme fiilini işlediğinden bahsedilemez¹⁶. Bu durumda diğer şartları da mevcut olmak kaydıyla “rızaıyla öldürme” hali gerçekleşir.

Talep üzerine öldürmede, failin mağdurun acılarını dindirme saikiyle hareket etmesine gerek bulunmamaktadır. Mağdur acılarından kurtulma düşüncesiyle öldürülmesini isteyebileceği gibi, ekonomik sıkıntılardan ve/veya psikolojik buhranlarından kurtulma, diğer etkenlere bağlı çaresizliklerini sonlandırma amacıyla da öldürülmesini talep edebilir. Failin, mağdurun hangi düşünceyle kendinin öldürülmesini istediğini bilmesine gerek yoktur. Failin bilmesi gereken şey mağdurun ölmek isteği ve bu isteğinin fail tarafından gerçekleştirilmesini ısrarla talep etmesidir¹⁷.

¹¹ Meral Şahin, Ekici, Ceza Hukukunda Rıza, 1.Baskı, İstanbul 2012, s.284.

¹² Artuk, “Talep ...”, s. 19. vd.

¹³ Johannes Wessels, - Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., Heidelberg 2007, kn. 156.

¹⁴ Wessels - Hettinger, kn. 156.

¹⁵ Artuk, “Talep...”, s.19-20.

¹⁶ Artuk, “Talep ...”, s.29.

¹⁷ Şahin, s.284.

Suçla ilişkin olarak genel yaklaşım bu olmakla beraber; aşağıda detaylı biçimde inceleneceği üzere İsviçre Ceza Kanunu, failin saikiyle ilgili olarak farklı bir yaklaşımda bulunmuş ve açık olarak “cezaı hafifleten nedenlerden” biri de olan “insan onurundan kaynaklı; özellikle merhamet, acıma duygusu” gibi saiklerle hareket etmesini, failde suçun oluşması için bir ön şart olarak aramıştır. Diğer bir ifade ile; İsviçre Ceza Kanunu, failin saikine önem atfederek “insan onurundan kaynaklı; özellikle merhamet, acıma duygusu” saikiyle davranmış olmasını aramaktadır.

Ötanazi, talep üzerine öldürme eylemlerinin bir görünüm biçimidir¹⁸. Buna karşın; ötanazi ile talep üzerine öldürme aynı anlama gelmemektedir. Talep üzerine öldürme, nitelik olarak ötanaziden oldukça geniş anlamlar ifade eder¹⁹.

Ötanazi ve “talep üzerine öldürme” arasındaki ilişki açıklanırken; “Talep Üzerine Öldürme” fiilinin suç olarak tanımlandığı Almanya, Avusturya ve İsviçre Ceza Kanunları’ndan yardım alınacaktır.

b. Almanya, Avusturya ve İsviçre Ceza Kanunları’nda “Talep Üzerine Öldürme” Suçu

Alman Ceza Kanunu; “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı §216;

“(1) Bir insanı; kendisinden açıkça ve ciddi bir biçimde talep etmesi üzerine, öldüren kimse, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçta teşebbüs cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

İsviçre Ceza Kanunu’nda yine “Talep Üzerine Öldürme” başlığıyla Art. 114’te yer alan fiil, Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye benzer bir düzenleme getirmiştir. Buna göre:

“İnsan onurundan kaynaklı; özellikle merhamet, acıma duygusu gibi saiklerle; bir insanı, ciddi ve ısrarlı biçimde talep etmesi üzerine öldüren kimse, üç yıla kadar hapis cezası ile veya para cezası ile cezalandırılır.”

Avusturya Ceza Kanunu’nu incelediğimizde ise İsviçre’den çok Alman Ceza Kanunu ile benzer bir hüküm düzenlediğini; hatta hemen hemen aynı düzenlemeyi getirmeyi tercih ettiğini görürüz.

¹⁸ Artuk, “Talep...”s.35.

¹⁹ Yenerer, Çakmut, s.153.

Buna göre yine “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı §77’de;

“Bir insanı; kendisinden ciddi ve ısrarlı bir biçimde talep etmesi üzerine, öldüren kimse, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” hükmü düzenlenerek, Alman Kanun Koyucusu ile aynı görüş benimsenmiştir. Ceza Hukuku’nda genel olarak “ilgilinin rızası”, hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Ancak mağdurun öldürülmek hususundaki rızası, kişinin yaşam hakkı söz konusu olduğundan, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir. Her üç ülkenin de kanun koyucusu; “Talep Üzerine Öldürme” suçuna Ceza Kanunları’nda yer vererek, “mağdurun öldürülmek konusundaki rızasının”, “hatta bu yöndeki ısrarlı, ciddi ve açık talebinin” hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceğini, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıramayacağını teminat altına almıştır.

“Talep Üzerine Öldürme” suçu ile ilgili olarak Almanya ve Avusturya Ceza Kanunu düzenlemeleri ile İsviçre Ceza Kanunu’nun farklılaştığı nokta, suçun subjektif (manevi) unsurudur. Öyle ki İsviçre kanun koyucusu; madde hükmünde “failin saikine” de yer vererek suçun failine yönelik bir subjektif unsur öngörmüştür.

Buna göre; İsviçre Ceza Kanunu’nda yer alan “Talep Üzerine Öldürme” suçunun objektif unsuru, mağdurun ciddi ve ısrarlı talebi iken; subjektif unsuru, “failin belirli bir saikle, özellikle acıma duygusuyla” hareket etmesidir. Suçun objektif unsuruna dair İsviçre Kanun Koyucusu’nun düzenlemesi, Alman ve Avusturya Hukuku ile hemen hemen aynıdır.

İsviçre Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye göre, mağdurun talebi, faili suçu işlemede harekete geçiren ana etkidir²⁰. Fail, mağdurun böyle bir talebi olduğunu bilmeli ve bu talep üzerine harekete geçmelidir. Yani öldürülmek isteyen kişinin bu yöndeki talebi, failde “önceden mevcut olmayan” bir suç işleme düşüncesi ve kastı uyandırmalıdır.

Kısacası, suç işleme kararı ile talep arasında bir nedensellik bağı vardır. Buna ilaveten, failin insan onurundan kaynaklı (özellikle acıma duygusu) saiklerle harekete geçmesi gereklidir.

Burada “insan onurundan kaynaklı saikler” ile ifade edilen; esasında İsviçre Ceza Kanunu Art. 48/a1’de yer alan “cezayı hafifletici nedendir.” Do-

²⁰ Caroline Vohringer, Tötung Auf Verlangen, Peter Lang Verlag “Würzburger Schriften zur Kriminalwissenschaft” Band: 25, Frankfurt am Main, 2008, s. 182.

layısıyla burada ceza tayin edilirken ayrıca Art. 48/a1'in de uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

Bunun yanı sıra, İsviçre Ceza Kanunu, talep üzerine öldürme suçu için Alman ve Avusturya Ceza Kanunları'na nazaran daha hafif bir hapis cezası veya para cezası öngörerek; "Talep Üzerine Öldürme" suçuna konu olan fiili esasında hoşgörmüş, diğer iki ülkeye nazaran daha liberal bir yaklaşımda bulunmuştur.

"Talep Üzerine Öldürme" suçunun objektif unsurunu daha iyi açıklayabilmek için; Alman ve Avusturya Yüksek Mahkemeleri'nin bu suça ilişkin olarak geliştirdikleri bazı içtihatların üzerinde durulacaktır.

Avusturya Yüksek Adalet Mahkemesi (Oberster Gerichtshof OGH), 19 Şubat 2008 tarihli kararında²¹; "Talep Üzerine Öldürme" suçunun gerçekleşmesinin ön koşulunun; mağdurun ölme isteği ile ilgili, bir anlık ruh halinden kaynaklanan sarih rızası, ciddi ve ısrarlı talebi üzerine; failin de artık buna razı olması; yani failin kastının bu durumdan kaynaklanması olduğunu belirtmiştir.

Alman Yargıtayı (der Bundesgerichtshof/BGH) ise 7 Ekim 2010 tarihli kararında²²; §216'nın 1'inci fıkrasından yola çıkarak; "Talep Üzerine Öldürme" suçunun özelliğinin; mağdurun öldürülme talebinin faili suçu işlemek konusunda ikna edici derecede açık ve ciddi olmasından kaynaklandığını belirtmiştir.

Alman Yargıtayı; söz konusu kararda, mağdurun talebindeki açıklığının, yine o talebi oluşturan öldürülme isteğine ilişkin olacağını belirttikten sonra, yine mağdurun bu istek üzerindeki ciddiyetinin hangi kriterler ile belirleneceğinin üzerinde durmuştur.

Buna göre; mağdurun öldürülme yönündeki isteği, en başından itibaren serbestçe ve bilinçli bir şekilde karar verebilme yetisi ile ve bu kararın anlam ve kapsamını gerçekçi bir bakış açısıyla her yönüyle kavrayabilmesi ve böyle bir kararın sonuçlarını değerlendirebilmesi ile meydana gelmişse; yani mağdur, böyle bir isteği, "etki altında olmayan bir temyiz kudreti ve yeterli

²¹ OGH, 19.02.2008, 14 Os2 /0 8p <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20080219_OGH0002_0140OS00002_08P0000_000>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

²² BGH, 07.10.2010, 3 StR 168/10, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=600c13b6f056c40f8f067a2aea933e1c&nr=54702&pos=0&anz=1>>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

muhakeme yetisi altında” kararlaştırmışsa; §216’nın 1’inci fıkrası anlamında bir ciddiyetin varlığı tartışmasız olacaktır.

Böylelikle Alman Yargıtayı; §216’nın 1’inci fıkrası anlamında bir ciddiyetin varlığından söz edebilmenin, ancak iradenin oluşumuna etki eden bir hatanın söz konusu olmamasına bağlı olduğunu kaydettiği 22 Ocak 1981 tarihli içtihadını²³ daha da geliştirmiştir.

Bunun yanı sıra aynı kararda, mağdurun isteğinin oluşumunda ciddiyet unsuruna etki edecek yeteneklerin; yaşlılık, hastalıktan kaynaklı durumlar veya alkol ya da uyuşturucu/uyarıcı madde etkisi ile ortadan kalkması halinde ortaya çıkacak “öldürülme talebinin”, §216’nın 1’inci fıkrası anlamında bir ciddiyet unsurunu karşılamayacağı konusunda, Alman Doktrini’nin görüş birliği içinde olduğu da belirtilmiştir.

Karara konu olan olayla ilgili olarak da “depresif bir ruh halinden” doğduğu gerekçe gösterilerek, mağdurenin “öldürülme isteğinin” ve bundan kaynaklanan “öldürülme talebinin” §216’nın 1’inci fıkrası anlamında ciddi bir talep sayılmayacağına karar vermiştir.

c. Talep Üzerine Öldürme Suçuna İlişkin Türk Ceza Hukuku’ndaki Yaklaşımlar

“Talep Üzerine Öldürme” suçuna dair yapılan bu açıklamalardan sonra; suçun, gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda gerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmediğinin altını çizmeliyiz.

Bununla birlikte Ülkemizde, talep üzerine öldürme suçunun her ne kadar kanunlaştırma süreci henüz tamamlanmamış olsa da, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan önce, özellikle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun değiştirilmesi çalışmaları esnasında, çeşitli TCK Ön Tasarı ve Tasarıları’nda Talep Üzerine Öldürme Suçu’na yer verilmiştir.

Nitekim 1987 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı’nın “İntihar” başlıklı 107’nci maddesinde, intihara yardım fiilleri, suç olarak kabul edilmişken; daha az ceza öngören “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı 106’ncı maddesinde, aktif ötanazi kapsamındaki hareketler düzenlenmiştir.

²³ BGH, 22.01.1981, 4 StR 480/80, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=600c13b6f056c40f8f067a2aea933e1c&nr=54702&pos=0&anz=1>>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

1987 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın 106'ncı maddesinde; “İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuur ve hareketlerinin serbestisine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve münhasıran hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” hükmü yer almıştır.

1989 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın 135'inci maddesinde, 1987 Ön Tasarısı'nın 106'ncı maddesindeki düzenlemeye benzer bir hükme yer verilerek “İntihar” başlıklı intihara yardım suçunun yer aldığı 136'ncı maddeden bağımsız bir suç tipi olarak “Talep Üzerine Öldürme” suçu düzenlenmiştir.

1989 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı 135'inci maddesi;

“İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde düzenlenmiştir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere; aktif ötanazi kapsamındaki hareketlerin, intihara yardım veya insan öldürme suçlarına nazaran son derece az cezalar öngörülerek, suç olarak kabul edilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.

Talep üzerine öldürme suçu, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda intihar suçundan ayrı biçimde, daha az ceza öngören “Acıyı Dindirme Saiki” başlıklı 137'inci maddesinde düzenlenmiştir.

1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 137'inci maddesiyle; özellikle aktif ötanazi kapsamındaki hareketlerin, intihara yardım veya adam öldürme suçlarına nazaran son derece az cezalar öngörülme suretiyle, 1989 TCK Ön Tasarısı'nın 135'inci maddesinde yer alan ifadelerin aynısıyla, bu hareketlerin ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmesi gereği vurgulanmıştır.

Türk Ceza Kanunu 1997 Ön Tasarısı'nın 137'nci maddesinde adam öldürme suçunun özel bir şekli olarak yer almıştır.

Buna göre;

“İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulan bir kimseyi, şuur ve hareket serbestisi tam iken yaptığı ısrarlı talep-

leri üzerine ve hastanın ızdırabına son vermek saiki ile” öldüren kişi, “talep üzerine öldürme suçunun” faili olacaktır²⁴.

Burada dikkat çekilmesi gereken nokta; Tasarı’nın öngörmüş olduğu düzenlemenin tıpkı İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi faile yönelik subjektif unsur içerdiği, madde hükmünün failin saikine önem verdiğiidir.

Doktrinde, Tasarı’nın 137’nci maddesinin içeriğinin ötanaziye ilişkin olmasına rağmen, madde başlığının “Talep Üzerine Öldürme” şeklinde düzenlenmesini eleştiren bir görüş²⁵; ötanazi ile talep üzerine öldürme kavramlarının eş anlamlı kullanılmayacağını belirtmektedir.

Ötanazi ile “talep üzerine öldürme” kavramlarının eş anlamlı kullanılmayacağına katılmakla birlikte, kanaatimizce Tasarı’nın 137’nci maddesindeki düzenleme, “Talep Üzerine Öldürme” fiilinin Alman, Avusturya ve İsviçre düzenlemeleriyle paralellik arz etmektedir. Talep üzerine öldürme suçu, daha geniş bir kavram olarak esasında ötanaziyi de kapsamaktadır²⁶. Kısacası kanun koyucunun, Tasarı’daki düzenlemeyle “talep üzerine öldürme” ve ötanazi kavramlarını eş anlamda tuttuğu söylenemez.

Yine 2000 Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın “Acıyı Dindirme Saiki” başlıklı 140’ıncı maddesiyle, önceki Türk Ceza Kanunu Tasarıları’na uygun bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla birlikte; aktif ötanazi kapsamındaki hareketlerin, intihara yardım veya insan öldürme suçlarına nazaran son derece az cezalar öngörülmek suretiyle, ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmesi gereği vurgulanmıştır.

Dikkat çekilmesi gereken husus; Türk Ceza Kanunu Ön Tasarı ve Tasarıları’nda “talep üzerine öldürme” suçunun ve dolayısıyla bu suçu oluşturan hareketlerden aktif ötanazi kapsamındaki hareketlerin, son derece yoğun olarak tartışılmasına ve kabul edilmesine rağmen; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer almamış olmasıdır.

2. Ötanazi ve İntihara İkna, İntihara Yardım Suçları

Sözlük anlamıyla intihar “bir kimsenin toplumsal ve ruhsal nedenlerin etkisi ile kendi hayatına son vermesidir”²⁷. İntihar yalnızca toplumsal ve

²⁴ Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı, İstanbul, 1999, s. 76.

²⁵ Artuk- Yenidünya, s 298

²⁶ Aynı görüşte: Artuk - Yenidünya, s 298.

²⁷ Türk Dil Kurumu, Günecel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=%C4%B0NT%C4%B0HAR>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

ruhsal nedenlere bağlı olmamakla birlikte; çeşitli kültürel, sosyal, ekonomik sebepleri de bünyesinde barındırır.

Bugün, Modern Ceza Hukuku'nda intihar edip de ölmeyen bir kimsenin cezalandırılması söz konusu olmamakta; intihar fiili, suç teşkil etmemektedir. Ancak genel olarak kanun koyucular; bir kimseyi intihara azmettiren, teşvik eden ya da bir kimsenin intihar kararını kuvvetlendiren veya bir kimsenin intiharına yardım eden failleri cezalandırarak “intihara ikna” ve “intihara yardım” fiillerini suç olarak düzenlemektedir.

İsviçre Ceza Kanunu “İntihara Teşvik ve Yardım” başlıklı Art. 115, “kişisel çıkarları için” bir kimseyi intihara teşvik eden veya bir kimsenin intiharına yardım eden bir kimsenin, “intihar edenin ölmesi koşuluyla” cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.

Madde hükmünde kişisel çıkar ile kastedilen, esasında intihar edenin ölmesi ile meydana gelecek miras, mali destek yükümlülüğünden kurtulma gibi ekonomik çıkarlardır²⁸.

Bunun yanında, kanun koyucunun, intihar edenin ölmemesi halinde failin cezalandırılmayacağı yönünde bir düzenleme getirdiğinin de altı çizilmelidir.

Avusturya Ceza Kanunu'nda ise “İntihara Yardım” başlıklı §78, bir kimseyi intihara teşvik etme veya bir kimsenin intiharına yardım etme fiillerini, İsviçre Ceza Kanunu düzenlemesinin aksine hiçbir koşul öne sürmeksizin suç olarak düzenlemiştir.

Alman Ceza Kanunu'nun “intihara yardım ve intihara teşvik” konularına yaklaşımı ise çok daha farklıdır. Buna göre Avusturya ve İsviçre düzenlemelerindeki anlamıyla intihara yardım veya intihara teşvik fiilleri, Alman Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmemiştir. Somut olayın özelliklerine göre fiil, “Talep Üzerine Öldürme” suçu kapsamında değerlendirilebilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise “İntihara Yönlendirme” başlıklı 84'üncü maddesinin 1'inci fıkraya hükmü ile hem intihara yardım hem de intihara ikna fiillerini suç olarak düzenlemiştir.

²⁸ Mario M. Marti, “Sterbehilfe in der Schweiz”, Schweizerische Ärztezeitung 83: Nr 12, Bern, 2002, s. 571. <<http://www.saez.ch/docs/saez/archiv/de/2002/200212/2002121359.PDF>> Erişim Tarihi: 20.05.2013.

II. Ötanazi

A. Çeşitleri

1. Ölüm Zamanına Yakınlığı - Uzaklığı İtibarıyla Ötanazi Çeşitleri

Ötanaziye muhatap olacak kimsenin, objektif kıstaslara göre, normal ölüm zamanına uzaklığına ve/veya yakınlığına göre yapılan bu çeşitlendirmede, ötanazi, “dar anlamda”, “geniş anlamda” ve “en geniş anlamda” ötanazi olmak üzere üç kısma ayrılmaktadır.

Bu ayırma göre; dar anlamda ötanazide ölümün eşiğinde ve kurtuluşu imkânsız, ümitsiz vaka statüsünde bir hasta söz konusudur. Bu hastanın acılarının bir an önce dindirilmesi, acılarından kurtarılması amacıyla hastanın da talebi üzerine kendisine ötanazi uygulanarak yaşamı sonlandırılır.

Geniş anlamda ötanazide ise şifasız ve ölümcül bir hasta söz konusudur; fakat hastanın ölüm zamanının, bir kısım verilerin objektif değerlendirilmesi neticesinde, uzak bir tarihte olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla; tedavisi olanaksız bir hastalık ile ilerde meydana gelecek ölüm arasında nedensellik bağı kurulabilmesi mümkündür. Ancak bu sürecin uzunluğu dikkate alındığında, araya girebilecek diğer etkenler de, ölümcül hastalıktan bağımsız olarak, kendiliğinden ölüm sonucuna etki edebilecektir. İşte böyle bir hastanın, uzak tarihlerde kendisini öldürme potansiyeline sahip hastalığı nedeniyle, “talep etmesi üzerine” uygulanan ötanazi, “geniş anlamda ötanazi” kavramını ifade eder.

En geniş anlamda ötanazi ise kimi insanların yaşamlarını önemsiz gören bir ırkçı düşüncenin ürünü olup, tedavi edilmeleri mümkün olmayan akıl hastaları ile bitkisel hayata girmiş insanların hayatlarını, tedavi süreçlerinin daha fazla maliyet oluşturmaması için sona erdirmeye yönelik bir ötanazi çeşididir.

2. Ötanazi Uygulanacak Kimsenin İradesi Dikkate Alınarak Yapılan Ötanazi Çeşitlendirmesi

Ötanazi, muhatabın; yani yaşam hakkı sonlandırılacak kimsenin iradesi dikkate alınarak “istemli ötanazi” ve “istemsiz ötanazi” olarak ikili bir ayırma tabi tutulabilir.

İradi yani istemli ötanazinin söz konusu olabilmesi için; ilgili kimsenin, yaşamının sonlandırılmasına yönelik talebini, iradesi hata, hile, tehdit sonucu etkilenmeden ve temyiz kudretine sahip, bilinci açık, böyle bir talebin doğuracağı sonuçları algılayabilecek halde iken, özgürce ve açıkça bildirmesi gerekmektedir.

İstemli-iradi ötanazide ortaya çıkan sorunlardan biri de hasta-hekim ile hasta-hemşire arasındaki güven ilişkisinin hasta tarafından verilen karara etkisi sorunudur.

Nitekim; hasta kendi hastalığı ve tedavisi bakımından ne derece aydınlatılmış olursa olsun; sonuç olarak her zaman bunları anlama ve değerlendirme yetisine sahip olduğu ifade edilemez. Hastanın tedavisini yapan hekim ve hemşireye karşı oluşan güveni²⁹ nedeniyle, kendisi için uygulanan tedaviyi sorgulama olanağı da ortadan kalkmaktadır. Bu yönüyle, hastanın kendi yaşamının sonlandırılması kararı üzerinde, bu kimselerin düşüncelerinin etkisinin bulunduğu inkâr edilemez bir gerçektir.

Dolayısıyla istemli-iradi ötanazide hastanın kararının ne derece hür ve serbest bir karar olduğu tartışmalıdır.

İstemsiz ötanazide ise yaşamı sonlandırılacak olan kimsenin ya bilinci kapalıdır ya temyiz gücüne sahip değildir ya da yaşı nedeniyle bu yönde bir talepte bulunmaya ehil değildir³⁰. Dolayısıyla yaşamda kalmasına ya da yaşamının sonlandırılmasına dair bir irade açıklamasında bulunabilecek veya talep ileri sürecek durumda değildir. Bu durumda ilgilinin yaşamının akıbeti ile ilgili verilecek karar, yani ötanazi talebi, hastanın yakınları tarafından ileri sürülmektedir.

3. Ötanazi Eyleminin İşleniş Biçimine Göre Yapılan Çeşitlendirme

Ötanazi eyleminin işleniş biçimine göre yapılan çeşitlendirmede; ötanazi aktif ve pasif ötanazi olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Aktif ötanazi ifadesinden tam olarak ne anlaşıldığı, hangi koşulları içermesi gerektiği, ne tür müdahalelere özgü düşünüldüğü gibi açıklama ve net-

²⁹ Fatma, Öz, “Ötanazi”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 1998;6(1):40-7, s.40 v.d. Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi. <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-otanazi-34854.html>>, Erişim tarihi, 28.07.2013.

³⁰ Inceoğlu, s.217 vd.

lik isteyen konular, oldukça geniş ve değerlendircinin her zaman yorumuna açıktır. Bu yönüyle “aktif ötanazi” günümüz itibarıyla kavram karmaşası yaratmaya müsait anlamlar içerebilen bir ifadedir. Bu nedenle yoruma açık belirsiz bir kavramın uygulamaya dönüşmesi halinde, etik bakımından sınıksız bir çok sonucun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu belirsizlik, ötanazinin etik değerlerimiz yönünden kabul edilip-edilmemesi, meşru kılınıp-kılınmaması, yasal bir nitelik kazanıp-kazanmaması konusunda derin bir kaygı ve kuşku ortamı oluşturmaktadır³¹.

Aktif ötanazide iyileşmesi mümkün olmayan hastanın ölümü; daha fazla ızdırap çekmemesi adına, icrai bir hareketle³² sağlanır. Burada, örneğin hastanın damarına yüksek dozda ilaç zerk edilmesi gibi ani bir ölümü sağlayacak yöntemlerin kullanılması söz konusu olabilir³³. Aktif ötanazi, hasta tarafından talep edilmişse “gönüllü aktif ötanaziden” bahsedilir³⁴.

Aktif ötanazide hareketin niteliğinin büyük önemi vardır³⁵. Aktif ötanazi ile “kasten öldürme” arasındaki farkı ortaya koyması bakımından, vurgulamamız gereken husus; aktif ötanazinin öldürme sonucu doğuracak her türlü hareketle işlenmesinin mümkün olmadığıdır. Ötanazinin anlamı da dikkate alındığında; bu kapsamda değerlendirilebilecek, yaşamın sonlandırılması işlemlerinin, hekim tarafından ilgiliye ilaç verilmesi suretiyle³⁶ gerçekleştirilmesi gerektiği açıktır.

Bunun yanında; aktif ötanazi içerisinde değerlendirilebilecekken; doktrinde³⁷ bağımsız bir ötanazi türü olarak tasnif edilmiş “asiste intiharin” üzerinde durmakta yarar vardır.

Asiste intiharda, ölüm sonucunu doğuran hareketlere destek olma şeklinde harekette bulunma söz konusudur. Asiste intiharda, ölüm sonucunu

³¹ Erdem, Aydın, “ “Buzda Kaymak” ve Biyoetik”, Türkiye Klinikleri J. Med. Ethics. 1997;5(1):28-31/ Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku - Tarihi Dergisi, s. 29. <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-buzda-kaymak-ve-biyoetik-42235.html>>, Erişim Tarihi 27.07.2013.

³² Nur, Centel - Hamide Zafer - Özlem Çakmut, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, İstanbul, 2006, s. 323.

³³ İnceoğlu, s.135.

³⁴ Sulhi, Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 1995, s.29.

³⁵ Muharrem, Özen – Meral, Şahin, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı, 2010/4, s. 19.

³⁶ İnceoğlu, s.135.

³⁷ Kudret, Güven, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara, 2000, s. 56.

doğuran son fiil, hasta tarafından yapılmaktadır; bu nedenle ölüm anına kadar devam eden hastanın ölme isteği, hastanın bu konudaki iradesinin sürekliliğini ve ısrarını ortaya koymaktadır. Kişinin bilinci açıkken uygulanan bir müdahale olması dolayısıyla asiste intiharda; hasta yakınları, mirasçıları gibi üçüncü kişilerin iradelerine ihtiyaç gerekmemektedir³⁸.

Pasif ötanazide ise aktif ötanazinin aksine ani bir ölüm değil, zamana yayılan yavaş bir ölüm oluşur. İnsan yaşamının devam etmesi için zorunlu tedavilerin durdurulması veya hiç uygulanmaması olarak tanımlanabilir³⁹.

Buna göre; pasif ötanazi, “olumsuz bir fiil ile yapılan”⁴⁰ ötanazi çeşididir. Yaşam destek ünitesi tedavisine başvurmama, hastanın yaşamını uzatacak müdahaleleri yapmama şeklinde vuku bulabilir.

4. Karar Verecek Mercie Göre Yapılan Ayrım

Ötanazi uygulaması, yargı kararı ile veya hekim kararı ile uygulanabilir. Bu yöndeki ayrım, ötanaziye kazai ötanazi ve medikal ötanazi olarak konumlandırılmaktadır. Ötanazinin uygulanması; bir mahkeme kararına dayanıyorsa kazai ötanazi, yalnızca hekimin kararına dayanıyorsa medikal ötanaziden bahsedilir.

B. Unsurları

Ötanazinin çeşitli uygulanma biçimlerinden bahsettikten ve talep üzerine öldürme suçu ile intihara yardım ve teşvik suçlarından farklılaştığı noktaları belirttikten sonra; ötanazinin unsurları üzerinde durmak ve tekrar; bu unsurları da kapsayan bir ötanazi tanımı yapmak yararlı olacaktır. Zira, içinde bu unsurları barındırmayan bir ötanazi uygulaması, somut olayın özelliklerine göre “kasten insan öldürme” veya “talep üzerine öldürme” suçları kapsamında değerlendirilebilecektir.

Buna göre; ötanazinin uygulanması, öncelikle ötanaziye maruz kalacak kişide bir hastalığın varlığını zorunlu kılar. Bunun yanında, hastalık; şifasız, tedavisi mümkün olmayan veya tedavisi mümkün olmakla birlikte herhangi bir sebeple şifası imkânsız hale gelen bir hastalık olmalıdır.

³⁸ Güven, s. 57.

³⁹ Dönmezer, s.30.

⁴⁰ Artuk - Yenidünya, s 302.

Yani tıp biliminin geldiği noktada; şifası imkânsız, tedavisi mümkün olmayan, vaktinden önce ölüme sebebiyet verecek bir hastalık söz konusu olmalıdır⁴¹.

Aynı zamanda hastalığın hastaya büyük acılar vermesi de ötanazide aranan bir diğer unsurdur. Zira ötanazinin amacı, zaten öleceği kesin olan hastanın yaşamına bir an evvel son vererek veya yaşam süresini kısaltarak çektiği ızdırapları sonlandırmaktır.

Doktrinde, hastalık kavramının geniş anlamda ele alınması gerektiği ve bu kavramın esasında her türlü hastalığı kapsadığı ifade edilmiştir⁴². Fakat böyle bir tespit, ötanazinin fizik beden ile ilgili bir uygulama olduğunu göz ardı etmiştir. Öyle ki ötanazideki amaç zaten öleceği kesin olan bir hastanın yaşam süresinin kısaltılarak veya yaşamına derhal son verilerek ızdıraplarından kurtarılmasıdır. Dolayısıyla depresyon, şizofreni gibi psikiyatrik veya psikolojik hastalıkların fizik bedenin ölümü ile bir ilgisi olmadığı da ele alındığında; hastalık unsurunun geniş anlamda algılanması gerektiği yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Zira “en geniş anlamda ötanazi” şeklinde uygulanan ötanazi, bugün modern hukuk sistemlerinde kabul görmemektedir. Bu sebeple de ötanazinin unsurları; tedavisi mümkün olmayan akıl hastalıkları gibi hastalıklara sahip olan bireyleri de ötanaziye tabi tutabilen bu anlayış göz ardı edilerek belirlenmelidir. Kanaatimizce, ötanazinin hastalık unsuru; yalnızca fizik bedene ilişkin olacak biçimde dar anlamda anlaşılmalıdır.

Ötanaziye ilişkin bir diğer unsur ise ötanazi talebinin veya ötanaziye ilişkin rızanın hasta tarafından belirlenmesidir. Daha açık bir ifade ile ötanazi; hasta tarafından talep edilecek veya hasta, ötanaziye rıza gösterecektir. Rıza, sarih ya da zımni olabilir. Bununla birlikte; hastanın dış dünyaya yansıyan talep veya rıza hakkındaki iradesinin; tıpkı yukarıda, “Talep Üzerine Öldürme” suçunun objektif unsurunu açıklarken belirttiğimiz koşulları taşıması gerektiğinin altını çizmeliyiz. “Talep Üzerine Öldürme” suçunun objektif unsurunu açıklarken, Alman Yargıtayı’nın depresyondaki bir kimsenin öldürülme talebine itibar etmediğini belirtmiştik. Kısacası, ötanaziye ilişkin talep veya rızanın, hukuk açısından sağlıklı bir irade tarafından oluşturulup oluşturulmadığına dikkat edilmelidir.

⁴¹ Artuk - Yenidünya, s 303.

⁴² bkz. Artuk - Yenidünya, s 303.

Bununla birlikte; talep veya rızasının elde edilmesi mümkün olmayan hastalar için ötanazinin uygulanıp uygulanmayacağı da genel olarak o ülkenin kanunlarında düzenlenir.

Tüm bu unsurları göz önüne alarak ötanazinin; tedavisi mümkün olmayan, şifasız bir hastalık sonucu ızdıraplar içinde olan bir hastanın, ızdıraplarına son vermek amacıyla yaşamının sonlandırılması veya yaşam süresinin kısaltılması olduğunu söyleyebiliriz.

III. Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı Maddesinin 2'nci Fıkrasında Yer Alan "İlgilinin Rızası" Hükmü Karşısında, Ölmek İstemli Talepleri Karşılamaya Yönelik Eylemlerin Hukuka Uygunluğu veya Aykırılığı Sorunu

Suçun unsurlarından biri de hukuka aykırılık unsurudur. Hukuka aykırılık kavramından anlaşılması gereken şey; işlenen fiilin bütün hukuk düzeni ile çatışma halinde olması ve hukuk düzenine çelişki arz etmesidir⁴³. Diğer bir anlatımla; işlenen fiile, yürürlükte olan hukuk mevzuatının izin vermemiş olması, o fiilin hukuka aykırı olduğunu ortaya koyar.

Ceza Kanunu'nda veya ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan bir suça neden olan fiilin işlenmesine, yürürlükte bulunan hukuk kurallarından herhangi biri izin vermişse; bu durumda işlenen fiil, hukuka aykırı olma niteliğini kaybeder ve hukuka uygun hale gelir⁴⁴.

İşlenen fiilin hukuka uygun olarak kabul edildiği hallerde ise bu fiil bir suçun oluşmasına olanak vermez. Bir diğer ifadeyle, hukuka uygun sayılan fiille suç işlenemez. Yani fiilin hukuka uygun olarak kabul edilmesi halinde, bu durum, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracığından; suçun unsurlarından biri kabul edilen hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecek, bu suretle suç olgusundan da bahsedilemeyecektir.

İşlenen fiilin hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran, o fiilin işlenmesine izin vermek suretiyle hukuka uygun hale getiren hallerden biri de 5237

⁴³ M. Emin Artuk – Ahmet, Gökçen – A. Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara 2013, s.369 vd; Dönmezer – Erman, Cilt II, n.665 vd; Köksal Bayraktar, Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in:Ceza Hukuku Günleri 70.Yılında Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997, İstanbul), İstanbul 1998, s.68 vd.

⁴⁴ Artuk- Gökçen-Yenidünya, s. 370; Dönmezer-Erman, Cilt II, n.665 vd;

sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş olan “ilgilinin rızasıdır”.

Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez*” hükmü yer almaktadır.

Kanun'da yer alan bu düzenlemeye göre; bir suçun oluşmasına neden olan fiilin işlenmesinde, o suçla korunan hukuki yararın ait olduğu kimse tarafından hukuki yararın ihlaline izin verilmiş, rıza gösterilmişse; artık işlenen fiilin hukuka aykırılık vasfı ortadan kalkacağından, fiil hukuka uygun olarak işlenmiş sayılacak, dolayısıyla suç da meydana gelmeyecektir⁴⁵.

İlgilinin rızası ya suçun unsurlarından tipikliği ortadan kaldırmak suretiyle fiilin suç sayılmasını engeller ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak suretiyle işlenen fiile bağlı bir suçun oluşmasına meydan vermez⁴⁶.

Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenlemeye göre ilgilinin rızasının geçerli olabilmesi ve bu rıza kapsamında işlenen fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için;

Öncelikle “suçun konusu üzerinde mağdurun serbestçe tasarruf hakkına sahip olması” gerekir. İkinci olarak ilgilinin rıza açıklamaya veya göstermeye yeterli kabul edilmesi, yani “rızaya ehliyet”inin bulunması gerekir. Son olarak; ilgilinin rızası, fiilin işlenmesinden önce veya en azından fiilin icra hareketlerinin tamamlanmasından önceki ana kadar, açık veya zımni, yazılı veya sözlü olarak ortaya konmuş olmalıdır.⁴⁷

Bu kapsamda; yaşam hakkı konusunda kişinin serbestçe tasarruf hakkına sahip olmadığı ve bu nedenle de üçüncü kişilerin bireyin yaşamını sonlandırma sonucu doğuracak hareketlerine ilişkin olarak ilgilinin rıza açıklamasının geçerli olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁸.

⁴⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 433; Kayıhan, İçel – Füsün Akıncı Sokullu – İzzet Özgenç – Adem Sözüer – Fatih, S. Mahmutoğlu- Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, s.179 vd.; Ayhan, Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II-III, İstanbul 1992, s.209 vd.

⁴⁶ Artuk- Gökçen-Yenidünya, s. 433

⁴⁷ Artuk- Gökçen-Yenidünya, s. 439.

⁴⁸ Şahin, Ekici, s.263, Yenerer Çakmut, s.153.

Doktrinde;⁴⁹ ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere” ifadesinden, kişinin bizzat kendi yaşamı üzerinde tasarruf etme hakkının bulunmadığı sonucunun çıkarılamayacağı ifade edilmiştir.

Bu görüşün haklılığını ortaya koyması bakımından, Türk Ceza Kanunu'nda ya da ceza hükmü içeren diğer kanunlarda bağımsız biçimde düzenlenmiş “intihar suçunun” yer almadığının altını çizmeliyiz.

Kişinin yaşamı üzerinde mutlak surette tasarruf etme hakkının olmadığı kabul edilmiş olsaydı - fail-mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmeyeceği kuralı bir yana bırakılacak olursa - en azından “intihara teşebbüs” eylemlerini gerçekleştiren kişi bakımından, bu hareketleri suç olarak kabul eden bir düzenlemenin söz konusu olması gerekirdi.

Çalışma konumuzla ilgili olarak tartışılması gereken hususlar şunlardır:

a) İlgili kendi isteğiyle, bizzat kendisi, kendi yaşam hakkını sonlandırabilir mi?

b) Kişi, kendi rızasıyla, başkalarından yaşamını sona erdirmek için talepte bulunabilir mi?

c) Bu durumda, rızaya bağlı olarak başkasının yaşamını sona erdiren kimsenin eylemi, hukuka uygun olarak kabul edilebilir mi; yoksa bu eylem, hukuka aykırılığını devam ettirerek suçun oluşumuna neden olabilir mi?

Sorunları tartışmadan önce; “yaşam hakkının” hukuken korunmasına dair ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde yer alan düzenlemelerin irdelenmesi gerekmektedir.

AİHS'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasında; “Herkesin yaşam hakkı, yasanın koruması altındadır.” hükmü yer almaktadır.

AİHS'nin 2'nci maddesinde koruma altına alınan yaşama hakkı, özellikle üçüncü kişiler tarafından bireyin yaşamına yönelik yapılacak hukuka aykırı saldırıların önlenmesi amacıyla öngörülmüş bir haktır. Diğer bir ifadeyle bu maddeyle koruma altına alınan yaşam hakkı, bireyin kendisine rağmen bir koruma sağlamaz⁵⁰.

⁴⁹ Yener, Ünver, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, in. Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel,, 1.Baskı, İstanbul 2011, s. 41.

⁵⁰ Ünver, s.37.

Dolayısıyla, intihar eden kişinin bizzat kendi eylemleri suç olarak kabul edilmemektedir.

Diğer bir anlatımla kendi yaşamını kendi eylemleriyle sona erdiren kişi bakımından, bu sonucu gerçekleştirmeye yönelik hareketler, suç oluşturmayacaktır.

Ötanazi hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ileri sürülüp sürülemeyeceği, bireylerin “ölme hakkının” bulunup bulunmadığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında tartışılmıştır.

Özellikle 29.07.2002 tarihinde karara bağlanan Pretty/İngiltere⁵¹ davasında; Sözleşme’nin yaşam hakkına dair 2’nci maddesi üzerinden “ölme hakkının” varlığı kabul edilmemiştir.⁵²

Bunun yanında; 20 Ocak 2011 tarihinde karara bağlanan Haas/ İsviçre davasında, bireysel özerkliği kapsayan, özel hayatın gizliliği ile yaşam hakkı arasındaki bağlantı yeniden değerlendirilmiştir⁵³. Bu davaya ilişkin verilen kararda ise bireyin kendi yaşamını nasıl ve ne zaman sonlandıracağı konusunda, kendince karar verme hakkının bulunduğu kabul edilmiş; ancak bu talebi karşılamaya yönelik olarak “devletin intihara yardım etmesi gerektiği yolundaki pozitif yükümlülüğü” reddedilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan düzenlemeye benzer biçimde 1982 Anayasasının 17’nci maddesinde; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir.

Yine Anayasamızın 15’nci maddesinin 2’nci fıkrasında; “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz” hükmü yer almaktadır.

Anayasa’da yer alan bu düzenlemeler; AİHS’nin 2’nci maddesinde yer alan yaşam hakkının korunmasına ilişkin düzenlemeye paralellik arz ederek,

⁵¹ Pretty/Birleşik Krallık, Application no. 2346/02,29.04.2002, 4th Section, ECHR 2002-III, Final 29.07.2002

⁵² Daha geniş bilgi için bkz. Emrah Bertil, Oder, “Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, in. . Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel,, 1.Baskı, İstanbul 2011, s. 12-17.

⁵³ Oder, s.18.

yaşam hakkının sahibine, yaşamının üçüncü kişiler ve/veya siyasal iktidar tarafından sonlandırılmasına yönelik eylemlere karşı bir koruma sağlamaktadır⁵⁴.

Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesinde yer alan intihara yönlendirme suçu, bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiş olsaydı; Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan ilgilinin rızası, kişinin kendi isteğiyle yaşam hakkını sonlandırmaya yönelik eylemleri hukuka uygun hale getirebilir miydi?

Ünver'e göre, Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesinde yer alan suç düzenlenmemiş olsaydı, ilgilinin rızası, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecek ve dolayısıyla kendi isteğiyle yaşamını sonlandıran kimseye yardım etme kapsamındaki hareketler de ilgilinin rızası nedeniyle, Türk Ceza Kanunu'nun 81 ve devamı maddelerinde yer alan insan öldürme suçuna yardım olarak değerlendirilemeyecektir.⁵⁵

Bu görüşün kabul edilmesi, "ilgilinin rızası" kavramını oldukça genişletecek, bireyin mutlak surette tasarruf etme hakkı bulunmayan alanlarda dahi belirtilen rızasının geçerli olacağını kabul etme sonucunu doğuracaktır.

Kanaatimizce; her ne kadar AİHS'nin 2'nci ve 1982 Anayasası'nın 15/2 ile 17/1'inci maddelerinde yer alan yaşam hakkı, bireyin bu hakkına yönelik saldırılara karşı yaşamının korunmasını temin edecek biçimde düzenlemiş ise de, bu maddelerin zıt anlamından, bireyin kendi yaşamını sona erdirmeye yönelik hareketlerine üçüncü kişilerin yardım etmesine izin verildiği sonucu çıkarılamaz.

Kaldı ki, bireyin yaşam hakkını ortadan kaldırma sonucunu doğurabilecek, üçüncü kişilerden kaynaklanan doğrudan ve/veya dolaylı hareketler, zaten AİHS'nin 2'nci ve 1982 Anayasasının 15/2 ile 17/1'inci maddeleriyle yasaklanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu; ötanaziye ilişkin bir hükme yer veremeyerek esasında insan yaşamına dair çok önemli bir gerçekliği görmezden gelmiştir. Peki ötanazi uygulayan bir kimse Türk Ceza Kanunu kapsamındaki suçların hangisini işlemiş sayılacaktır?

⁵⁴ Ünver, s.38.

⁵⁵ Ünver, s. 38.

Belgesay'a göre⁵⁶; hastanın rızası üzerine onu öldüren kimse, onun intiharına yardım etmiş olmaktadır. Bu görüşten yola çıkmamız halinde, Türkiye'de ötanazi uygulayan failin, Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesinin 1'inci fıkrası anlamında "intihara yardım" suçunu işlemiş olacağını kabul etmemiz gerekecektir.

Bu görüş, ötanaziyi uygulamanın yalnızca hekimlere münhasır olduğundan yola çıkılarak eleştirilmiştir. Zira intihar söz konusu olduğunda kişi, kendi yaşamını kendi iradesiyle kendi kendine sonlandırır. Ancak burada ötanaziyi uygulamak konusundaki yetkinin kime ait olacağı konusu önem arz etmektedir. Türk kanun koyucusu, bu yönde bir düzenleme getirmediği için Belgesay'ın görüşünü bu noktadan eleştirmek yanlış olacaktır.

Bununla birlikte; hekimler dışındaki kimselerin, şifası mümkün olmayan hastalıklar dolayısıyla ızdırap çeken bir hastayı talep/rıza üzerine öldürmesi de ötanazi kapsamında değerlendirilebilirken⁵⁷; genel olarak ötanazi uygulamasına yönelik düzenlemeler getiren ülkeler ve yine Türk Hukuku'nda ötanazinin düzenlenmesine ilişkin yapılan tekliflerde, bu işlemin yalnızca hekimler tarafından uygulanması gerektiğinin belirtildiğinin altı çizilmelidir. Dolayısıyla, Belgesay'ın görüşünde haklı olup olmadığı; ancak Türkiye'de ötanaziye ilişkin bir düzenleme yapılması durumunda, ötanaziye ilişkin yetkinin kime ait olacağı konusu açığa kavuşturulduğunda ortaya çıkacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile diğer mevzuat birlikte değerlendirildiğinde aktif ötanazi kapsamındaki fiilerin "kasten öldürme" (TCK m. 81), pasif ötanazi kapsamındaki fiillerin ise "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu" (TCK m. 83) teşkil edeceğini ifade edebiliriz.

01.08.1998 ve 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Hasta Hakları Yönetmeliği'nin" "Ötanazi Yasağı" başlıklı 13'üncü maddesi ile de ötanazi açıkça yasaklanmıştır. Yönetmelik'in 13'üncü maddesiyle, tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemeyeceği, kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemeyeceği belirtilmiştir.

Yine Yönetmelik'in "Tedaviyi Reddetme ve Durdurma" başlıklı 25'inci maddesiyle, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz so-

⁵⁶ Mustafa Reşit Belgesay, "Tıbbi Mesuliyet", İstanbul, 1954, s. 73'ten Aktaran Sibel İnceoğlu, s.75.

⁵⁷ Artuk - Yenidünya, s. 304.

nuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hastanın kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetme veya durdurulmasını isteme hakkına sahip olduğu ve böyle bir durumda tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerektiği düzenlenmiştir.

19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin” 2’nci maddesi, hekimin en önemli görevini; insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek olarak belirlemiştir. Nizamname’nin 13’üncü maddesinin 3’üncü fıkrası ile hekimin teşhis, tedavi veya korumak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamayacağı düzenlenmiştir.

Böylelikle hem ötanazi hem de talep üzerine öldürme kapsamında değerlendirilebilecek diğer fiiller, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ile de yasaklanmıştır.

IV. Ötanaziye İlişkin Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler

Almanya: Almanya’da aktif ötanazi⁵⁸, Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenen “Talep Üzerine Öldürme” suçunun bir alt tipini teşkil etmektedir. Dolayısıyla aktif ötanazi uygulayan fail, §216 kapsamında cezalandırılacaktır. Pasif ötanaziye ise belirli şartlar altında izin verilmektedir. Buna göre; hastanın iyileşme şansının mümkün olmadığı ve hastanın bu yöndeki iradesi mutlaka tespit edilmiş olmalıdır.

Avusturalya⁵⁹: Avusturalya’da Northern Territory “federe devleti”, 1996 yılında aktif dolaysız ötanaziye ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Böylelikle, Northern Territory, aktif direkt ötanaziye suç olmaktan çıkararak ve buna ilişkin Kanun’u parlamentoda yapılan oylama ile kabul eden ilk federe devlet olmuştur.

Ancak, ötanaziye serbest kılan “Şifasız Hastaların Haklarına dair Kanun (Terminally Ill Act)” 25 Mart 1997 tarihinde yine parlamentoda yapılan oylama neticesinde yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle ötanazi serbestisi,

⁵⁸ İnci, Hot - Hanzade, Doğan, “Almanya’da Ötanaziye Yaklaşım”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2006;14(2):92-5, s. 92 vd.-Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-almanyada-otanaziyeyaklasim45738.html>>, Erişim Tarihi, 15.07.2013.

⁵⁹ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Avusturalya’da yerel ölçekte kalmış ve kısa süreli bir ömür sürmüştür. Avusturalya’nın bugünkü hukuk sistemi, ne aktif dolaysız ötanaziye ne de intihara yardım fiiline cevaz vermektedir.

Avusturya⁶⁰: Hasta Kararı Kanunu (das Patientenverfügungsgesetz), 2006 yılında Avusturya Parlamentosu’nda kabul edilmekle, belirli şartlar altında dolaysız pasif ötanazinin uygulanması serbest bırakılmıştır. Buna göre; pasif ötanaziye ilişkin hasta kararını içeren irade açıklaması; noter, avukat veya hukuken yetkili bir hasta temsilcisinin önünde yapılacaktır. Bunun yanı sıra hasta, kararın sonuçları ile bu karardan dönmesinin süre kısıtı olmadan mümkün olduğu ile ilgili olarak da bilgilendirilmelidir.

Amerika Birleşik Devletleri⁶¹: Amerika Birleşik Devletleri’nde ötanaziye ilişkin tüm federe devletleri bağlayan ortak bir kanun mevcut değildir. Bu konu hakkındaki düzenlemeler, her bir federe devlet tarafından ayrıca yapılacaktır.

Amerika Birleşik Devletleri’nin Oregon Eyaleti’nde ötanazi, 1994 yılında “Death with Dignity Act” ile hukuk alanına dahil olmuştur. Kanun’a göre; ötanazi için gerekli şartlar şunlardır:

1. Hastanın 6 aydan az ömrü kaldığına dair, en az iki doktor görüş birliği içinde olmalıdır.
2. Hasta, hukuken ergin olmalıdır.
3. Hastaya, ötanazi uygulaması için 15 günlük bekleme süresi verilmektedir. Bu süre zarfında hasta, ölme talebini en az iki kez sözlü olarak ve bir kez de yazılı olarak beyan etmelidir.

Oregon Eyaleti’nden sonra, Washington Eyaleti de, ötanaziyi yasallaştırmıştır. Böylelikle ötanazinin yasal olduğu ikinci eyalet olarak, yine Oregon Eyaleti ile oldukça benzer nitelikte düzenlemeler getirmiştir.

Belçika: Belçika’da ötanaziye ilişkin düzenleme, 2002 yılının Eylül ayından beri yürürlükte olan “Ötanazi hakkında Kanun” (das “Gesetz bezüglich der Euthanasie” - loi de l’euthanasie) ile getirilmiştir. Bu Kanun ile hekimlerin, belirli şartlar⁶² altında ötanazi uygulamaları serbest bırakılmıştır.

⁶⁰ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁶¹ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁶² Gesetzesentwurf bezüglich der Euthanasie, 5.11.2001, <http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/Gesetz_Belgien.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Buna göre Kanun, ötanazi için gerekli şartları belirlemekte ve bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecek bir kontrol komisyonu kurulmasını da emretmektedir.

Danimarka⁶³: Danimarka’da aktif ve pasif ötanazinin hukukun düzenleme alanına gimesi, 1992 yılına tekabül eder. Düzenlemeye göre; her vatandaş, yazılı rızasının olması koşuluyla, suni solunum cihazına bağlanmak gibi yaşam süresini uzatıcı muameleleri önceden reddetme hakkına sahiptir. Bunun yanında hastalar, ölümü hızlandıracağı bilinse bile kendi istekleri üzerine acılarını dindirmek adına ağrı kesici madde kullanmakta serbesttirler.

Fransa⁶⁴: Fransız Ceza Hukuku’nda ötanaziyi düzenleyen ayrı bir mevzuat bulunmamasıyla birlikte konu Fransız Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemeler bağlamında çözülmektedir.

Fransız yazarlardan Cannaud⁶⁵, hukuki açıdan ötanaziyi tanımlanın zorluğu nedeniyle ötanazi kavramının kullanılmasının büyük riskler içerdiğini, ifade etmektedir. Ötanazi halinde yaşamı sona erdirici hareketlerin hastanın acılarından kurtulmasını sağlamak saikiyle mi yoksa hastayı kasten öldürme düşüncesiyle mi yapıldığının tespitinin mümkün olmaması dolayısıyla; görünen niyetin gerçek niyeti gizlemesi her zaman ihtimal dahilinde olacaktır ve bu nedenle de ötanazi halinde, eylemin hukuka uygun sayılması mümkün olmayacaktır.

Fransız Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemelere göre; aktif ötanazi cinayet olarak kabul edilmektedir. Nitekim Fransız Ceza Kanunu’nun 222’nci maddesinin ilk fıkrasında, yaşam hakkının sona erdirilmesine rıza gösterilmiş olması söz konusu olsa bile, herhangi bir kimsenin ölümüne yol açan kişinin otuz yıl hapse mahkûm edileceği öngörülmüştür⁶⁶.

Yine Kanun’un 222’nci maddesinin 3’üncü fıkrasıyla, (aktif ötanazi kapsamındaki hareketler dâhil) “öldürme eylemi tasarlanarak gerçekleştirilmiş ise” bu defa fail hakkında ömür boyu hapis cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

⁶³ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁶⁴ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁶⁵ Estelle Cannaud, L’euthanasie, These, Paris 1999, s.40, nakleden Murat, Yavaş, “Ötanazi”, in. Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s.146-147.

⁶⁶ Yavaş, s.147.

Pasif ötanazi konusunda ise durum biraz farklıdır. Örneğin bir hastanın fiziki ve psişik dayanılmaz acılarını hafifletmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelik olarak uygulanan tedavinin, hastanın yaşam süresini kısaltıcı etkisi bulunsa dahi bu ilaçları uygulayan bakımından eylem kabul edilebilir olarak değerlendirilmekte ve uygulayıcı cezalandırılmamaktadır⁶⁷.

Bunun yanında Fransız Tıbbi Deontoloji Kanunu'nun 1995 revizyonu esnasında, öteden beri Fransa'da eleştiri konusu yapılan "hastanın tıbbi müdahalelerde insiyatif kullanmasına önem verilmesi" hususu dikkate alınarak, Kanun'un 36'ncı maddesinde tedavi edilen hastanın rızasının her halükarda aranması gerektiği ifade edilerek, önerilen tedaviyi reddeden hastanın, bunun sonuçları konusunda aydınlatılması ve uyarılması koşuluyla iradesine önem atfedilmesi hükme bağlanmıştır.

Fakat Fransız Tıbbi Deontoloji Kanunu'nun⁶⁸ 37'nci maddesiyle, hekimin her halükarda hastanın acılarını hafifletmek amacıyla bütün gücünü kullanması gerektiği öngörülmüş; 38'inci maddeyle, ölümcül hastalık halinde dahi, hekimin hastanın vefatına kadar ona yardımcı olması, bu ana kadar onun yaşam kalitesini yükseltecek gerekli tüm tedbirleri alması hükme bağlanmıştır. Bunun yanında madde içerisinde yer alan "provoquer" kavramıyla, hastanın ölümünü erkene alma, ölüm sürecini hızlandırma sonucunu doğuracak her tür eylem yasaklanmıştır⁶⁹.

25 Ocak 2011 günü Fransız Parlamentosu'nda aktif ötanazinin yasallaştırılmasına ilişkin bir kanun tasarısı reddedilmiştir. Bunun öncesinde ise 2005 yılında "Yaşamlarının Sonuna Yaklaşan Hastaların haklarına ilişkin Kanun" yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, pasif ötanaziye düzenler ve hasta kararı ile ilgili prosedürleri hukuki bir zemine oturtur.

Hollanda⁷⁰: Ötanaziye ilişkin 2002 yılından beri yürürlükte olan Kanun ile aktif dolaysız ötanazi belirli şartlar altında serbest bırakılmıştır. Buna göre, hekim, kanuni düzenlemede yer alan özen kurallarını dikkatle uygulaması koşuluyla, aktif ötanazi fiilini gerçekleştirme halinde ceza almayacaktır.

⁶⁷ Estelle Cannaud, s. 40 nakleden Yavaş, s. 147.

⁶⁸ Mehmet Emin Artuk- A.Caner Yenidünya, "Ötanazi", in. Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Centel, Nur, 1.Baskı, İstanbul 2011, s. 133.

⁶⁹ Yavaş, s.149.

⁷⁰ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

İsrail⁷¹: İsrail’de 2007 yılından beri pasif ötanaziye düzenleyen bir Ötanazi Kanunu bulunmaktadır. Kanun, hekimlere, belirli şartlar altında ve eğer tanı sonrası hasta tarafından açıkça bir talep gelmişse, şifasız hastaların yaşam süresini uzatacak önlemlerden kaçınma hakkını tanımaktadır.

İsviçre: İsviçre’de ötanazi esasında kanun koyucu tarafından hoşgörülen bir uygulamadır. Bunu İsviçre Ceza Kanunu’nun “Talep Üzerine Öldürme” suçuna ilişkin düzenlemesini incelerken de belirtmiştik. Zira İsviçre’de kanun koyucu, bu suç için diğer ülke düzenlemelerine nazaran daha hafif bir hapis cezası veya para cezası öngörmüştür. Aynı şekilde intihara yardım ve teşvik suçu ile ilgili olarak Kanun’un getirdiği düzenleme, failin, mağdurun ölmesi ve kişisel çıkarlar gözetilerek hareket edilmesi sonucunda cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.

Kanun koyucu böyle bir yaklaşım içinde olmasına rağmen, ötanazi hâlâ İsviçre’de hukuken yasal bir uygulama değildir. 2012 yılının Haziran ayında Waardt Kantonu, bir halk oylamasıyla, ilk kez hükümetin ötanaziye hukuk alanına dahil etmesine ilişkin bir Kanun yapmasında itici güç yaratmıştır.

Lüksemburg: Hollanda ve Belçika’dan sonra Lüksemburg, ötanaziye hukukun düzenleme alanına dahil eden üçüncü Avrupa ülkesi olmuştur. 2009 yılında yürürlüğe giren Kanun⁷², şifasız hastalara, açıkça talep etmeleri şartıyla ötanazi uygulanabileceğini öngörmektedir. Lüksemburg’da da tıpkı Hollanda’da olduğu gibi hekimin böyle bir uygulamayı yaparken uymakla yükümlü olduğu bir takım kurallar mevcuttur. Buna göre; birbirinden bağımsız iki hekim tarafından, hastanın hastalığının tedavisinin mümkün olmadığı belirlenmelidir. Bunun yanında hasta da yaşamının sonlandırılmasına ilişkin talebini yazılı biçimde açıkça ifade etmelidir.

Sonuç

Mukayeseli Hukuk ele alındığında, birçok ülkenin ötanaziye ilişkin yaklaşımını net biçimde belirleyerek, hukuki düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Türk Hukuku’nda ise ötanaziye ilişkin bir hükmün Ceza Kanunu’nda ya da diğer kanunlarda yer almaması, böyle bir fiil sonucunda uygulanacak

⁷¹ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁷² Gesetz zur Sterbehilfe und zur Hilfe beim Suizid, <http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/sterbehilfe_gesetz2010.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

hüküm konusunda tereddütlere neden olmaktadır. Zira acılar içerisinde kıvrılmakta olan bir hastanın ısrarlı taleplerine dayanamayan bir kimsenin, yalnızca merhamet ve acıma duygularıyla hareket ederek, ölümü sonucunu doğuran fiili işleyen kimse ile bir başkasını kasten öldürme fiilini işleyen fail, (TCK m. 81) aynı hüküm kapsamında sorumlu tutulmaktadır.

Günümüzde, tıp alanındaki bilimsel gelişmeler ve özellikle teknik açıdan yoğun bakım olanaklarının ulaştığı muazzam seviye baş döndürücüdür. Tıbbi gelişmelerin uygulanması ve yoğun bakım olanaklarının kullanılması, hastaların yaşamlarını bir süre daha sürdürebilmelerini ve yaşam kalitelerini artırabilmelerini mümkün kılmaktadır. Diğer bir anlatımla, kısa bir süre önce “ölüm nedeni” olarak tanımlanan hastalıkların bir kısmı, tedavi edilebilirlikleri sonucu bu özelliklerini kaybetmişlerdir. Yakın gelecekte tıp alanındaki gelişmelerin hangi aşamalara yükseleceğini kestirmek olanaksızdır. Bu nedenlerle “ölümcül hasta” olarak adlandırılacak bir kısım hastalarda yaşamı sürdürücü tedavinin sonlandırılması, yaşamın sonlandırılması anlamına da geleceğinden hekimlerin böyle bir eyleme haklarının olup olmadığı haklı biçimde tartışılmalıdır.

Diğer yandan; ötanazi hakkının verilmesi, bu uygulamanın kötüye kullanılabilme ihtimalini de ortaya koymaktadır. Nitekim mirasçı olma, mali destek yükümlünden kurtulma gibi kişisel çıkarlar, bakım yükümü nedeniyle konforlu yaşamın engellenmiş olması gibi nedenlerle kimi hasta yakınlarının kötü niyetli davranarak; ötanazi talep etmesi konusunda hastayı veya ölümcül-şifasız bir hastalık tanısı koymaları yönünde hekimleri ikna etmeleri mümkündür.

Belirtilen gerekçelerin haklılık payının yüksek olması dikkate alındığında, ötanazi kapsamındaki fiillerin tamamen serbest bırakılması, diğer bir ifadeyle bu fiillerin suç olmaktan çıkarılması, özellikle mukayeseli hukuktaki yoğun tartışmalar gözetilerek, tıp etiğinin gerekleri dikkate alınarak yapılacak düzenlemelerle mümkün olmalıdır.

Bu durumda kanun koyucu, madem ki ötanaziyi koşulları oluşmadığı gerekçesiyle yasallaştırmak taraftarı değildir; öyleyse ötanazi fiilini, bağımsız ve ayrı bir suç tipi ile düzenlemelidir. Böylesine önemli bir konuyu yok saymak, gerçeklere göz kapatmaktan başka bir anlam doğurmamaktadır.

Kaldı ki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmeden önceki dönemine ait Türk Ceza Kanunu Tasarıları'nda, ötanazi kapsamına giren

fiillerin dikkate alınması ve bu fiillerin bağımsız suç tipi olarak düzenlenmiş olması, bu hususta bir ihtiyacın mevcut olduğunu kanıtlamaktadır.

Bunun yanı sıra kanaatimiz; tedavisi mümkün olmayan bir hastalık dolayısıyla acı çeken bir kimsenin, hukuken geçerli iradesiyle oluşturduğu yaşamını sonlandırma kararına saygı gösterilmesi yönündedir. Yaşamını sonlandırmaya karar veren kimse, zaten intihar yoluyla bu isteğini gerçekleştirebilir.

Sorun, bireyin bir başkası tarafından öldürülmesini istemesinden kaynaklanmaktadır. Bu istemin devletten talep edilemeyeceği, devlete bu yönde bir görev yükletilemeyeceği AİHM kararlarıyla kabul edilmiştir.

Bu durumda hastanın öldürülme talebini kim karşılayacaktır? Mesleklerinin niteliği gereği insanı yaşatmayı amaç haline getiren hekimler mi, hemşireler mi yoksa ölüm olayı karşısında alışkanlıkları nedeniyle duyarsızlık aşamasına gelmiş öldürmeyi meslek haline getirmiş diğer kimseler mi?

Ötanazi kapsamındaki fiilleri kimin işleyeceği konusundaki belirsizlik ortaya konduktan sonra, bir başka sorunun, ötanazinin bağlı hareket olarak öngörüldüğü işlenme biçiminde ortaya çıktığını belirtmeliyiz. Diğer bir sorun da; acı çeken hastaları ızdıraptan kurtarma amacıyla hastanın talebiyle hareket eden ve öldürme fiilini ötanazinin anlamına uygun biçimde yalnızca “ilaç” vermek suretiyle yerine getirenler bakımından, bu durumun bir hafifletici neden teşkil edip edemeyeceği ya da aktif ötanazinin kasten öldürme suçundan ve intihara yardım suçundan ayrı bir suç olarak mı düzenlenmesi gerektiğine ilişkindir.

Bu yöndeki soruları sınırlandırmak, kuşkuları tam olarak gidermek mümkün değildir. Fakat bu sorunun da bir şekilde hukuk içerisinde çözülmesi zorunludur.

Hastanın kendisine uygulanacak tedaviyi reddetme hakkı kapsamında pasif ötanazi sorunu, bir şekilde çözüme kavuşmuştur. Mevcut haliyle Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan ilgilinin rızası, ötanazi kapsamındaki fiilleri hukuka uygun hale getirmemektedir. Aktif ötanazi kapsamındaki fiiller bakımından, eğer ki kanun koyucunun bu fiilleri serbest bırakma niyeti yoksa, talep üzerine öldürme benzeri ayrı bir suç tipi oluşturulması gerekmektedir. Kanaatimizce, ihdas edilmesi gereken bu suça öngörülecek yaptırım da taksirle öldürme suçunda olduğu gibi kasten öldürme suçuna öngörülen cezaya nazaran daha hafif bir ceza olmalıdır.

Kaynakça

Ayhan, Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II-III, İstanbul, 1992.

BGH, 07.10.2010, 3 StR 168/10, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=600c13b6f056c40f8f067a2aea933e1c&nr=54702&pos=0&anz=1>>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

BGH, 22.01.1981, 4 StR 480/80, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=600c13b6f056c40f8f067a2aea933e1c&nr=54702&pos=0&anz=1>>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

Caroline Vohringer, “Tötung Auf Verlangen”, Peter Lang Verlag “Würzburger Schriften zur Kriminalwissenschaft” Band: 25, Frankfurt am Main, 2008.

Christian Schlötterer, “Sterbehilfe aus philosophischer Sicht”, <http://www.jura.unituebingen.de/professoren_und_dozenten/kuehl/materialien/forschung/sterben.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

<<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Douwe Korff, “Yaşam Hakkı”, çev. Özgür Heval Çınar - Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 8, Brüksel, 2006.

Emrah Bertil, Oder, “Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, in. . Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel, 1.Baskı, İstanbul, 2011.

Erdem, Aydın, “ “Buzda Kaymak” ve Biyoetik”, Türkiye Klinikleri J. Med. Ethics. 1997;5(1):28-31/ Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku - Tarihi Dergisi, s. 29. <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-buzda-kaymak-ve-biyoetik-42235.html>>, Erişim Tarihi 27.07.2013.

Erkan Şenses, “Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi”, Suç ve Ceza Dergisi IV. Sayı (Ekim-Kasım-Aralık), İstanbul, 2008.

Fatma, Öz, “Ötanazi”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 1998;6(1):40-7, s.40 v.d. Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi. <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-otanazi-34854.html>>, Erişim Tarihi: 28.07.2013.

Gesetz zur Sterbehilfe und zur Hilfe beim Suizid, <http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/sterbehilfe_gesetz_2010.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Gesetzesentwurf bezüglich der Euthanasie, 5.11.2001, <http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/Gesetz_Belgien.pdf> Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Güner Akyazı Onur Tatar, “Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası”, Ankara, 2002.

İnci, Hot - Hanzade, Doğan, “Almanya’da Ötanaziye Yaklaşım”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2006;14(2):92-5 - Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-almanyada-otanaziye-yaklasim-45738.html>>, Erişim Tarihi: 15.07.2013.

Kayıhan, İçel – Füsün Akıncı Sokullu – İzzet Özgenç – Adem Sözüer – Fatih, S. Mahmutoğlu- Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, 2000.

Köksal Bayraktar, “Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri”, in:Ceza Hukuku Günleri 70.Yılında Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997, İstanbul), İstanbul, 1998.

Kudret Güven, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara, 2000.

Mario M. Marti, “Sterbehilfe in der Schweiz”, Schweizerische Ärztezeitung 83: Nr 12, Bern 2002. <<http://www.saez.ch/docs/saez/archiv/de/2002/200212/2002121359.PDF>> Erişim Tarihi: 20.05.2013

M. Emin Artuk, “Talep Üzerine Öldürme”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-3, 1992-1993

M. Emin Artuk - A.Caner Yenidünya, “Ötanazi”, in. Prof. Dr. Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001.

M. Emin Artuk- A.Caner Yenidünya, “Ötanazi”, in. Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Centel, Nur, 1.Baskı, İstanbul, 2011.

M. Emin, Artuk – Ahmet, Gökçen – A. Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, 2013.

Meral, Şahin, Ekici, Ceza Hukukunda Rıza, 1.Baskı, İstanbul, 2012.

Muharrem Özen-Meral Şahin, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/4

Murat Yavaş, “Ötanazi”, in. Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009.

Nur, Centel – Hamide, Zafer – Özlem, Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2006.

OGH, 19.02.2008, 14 Os2 /0 8p, <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080219_OGH0002_01400S00002_08P0000_000>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

Özlem, Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1.Baskı, İstanbul, 2003.

Pretty/Birleşik Krallık, Application no. 2346/02,29.04.2002, 4th Section, ECHR 2002-III, Final 29.07.2002

Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı, İstanbul, 1999.

Sulhi, Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 1995.

Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II, İstanbul, 1994.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.519cb517ad8406.69739178>, Erişim Tarihi:19.05.2013.

Wessels, Johannes - Hettinger Michael, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., Heidelberg, 2007.

Yener, Ünver, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, in. Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel, 1.Baskı, İstanbul, 2011.